Liquidums fest, beauftragt das Justizamt mit der Vornahme der Subhastation; die in alle Einzelnheiten eingehenden Vorschriften in §. 145—150 bezwecken wesentliche Vereinfachung des Verfahrens. Wenn keine Kaufliebhaber im Termine erscheinen, so ist das Grundstück um die Taxe dem Kläger (beziehentlich dem betheiligten Pfandgläubiger) auf dessen Verlangen an Zahlungsstatt zu überlassen. Der Schuldner hat das Recht, binnen 6 Monate das Grundstück als baare Zahlung wieder einzulösen, oder einen besseren Käufer zu stellen (die Wirkungen sind genau angegeben). In Bezug auf die in der Executionsinstanz zulässigen Einreden hebt §. 157 die bisher zulässigen privilegirten Einreden auf; nur neue, auf dem Eintritt der Rechtskraft entstandene Einreden sind zulässig, und nur wenn, oder als sie alsbald liquid gemacht worden (wozu Eideszuschiebung nicht gebraucht werden kann). Dies neue Coburg. Gesetz über die summarischen Prozesse soll in Vergleichung mit der neuesten Nassauischen Verordnung über den Gegenstand im nächsten Hefte mitgetheilt werden.

XVII.

Aus der Rechtsübung eines deutschen obersten Gerichts, des Oberappellationsgerichts in Darmstadt, im Kreise des gemeinen deutschen Civilprozesses. Variae causarum figurae. [1])

Von

Herrn **Bopp**.

Advokat in Darmstadt.

Erste Abtheilung.

Seit vielen Jahren fand ich eine anziehende Beschäftigung darin, den gemeinen deutschen Civilprozeß auch im Spiegel der

---

1) Die Beobachtung, „daß von den bei dem obersten Gerichtshofe in Bayern zur Aburtheilung kommenden Civilprozessen die Entscheidung von zwei Dritteln auf Prozeßfragen beruht", (dieses Archiv, Bd. 41. S. 424, 425) gilt auch von dem obersten Tribunal für Hessen bei Rhein.

Rechtsübung zu betrachten. Meine Stellung begünstigte mich darin auch dadurch, daß ich in einer Stadt lebe, in welcher ein oberster Gerichtshof seinen Sitz hat, welcher, gleich den andern Gerichten des Landes, seit Jahrhunderten aus dieser durch sorgfältige Cultur immerfort reichlich genährten Quelle[2]) zu schöpfen hatte und noch hat.

Es sei mir gestattet, meine vieljährigen und reichhaltigen Collectaneen zu Beiträgen aus der oberstrichterlichen Praxis des gemeinen Civilverfahrens zu benutzen, mitunter zu Beiträgen besonderer Art. Man hat nämlich schon oft die Klagen der Praktiker vernommen, daß die Doktrin und ihre Amme, die Literatur, ihnen nicht selten den schuldigen Dienst versage, wenn sie sich bezüglich einer Frage oder Materie des Prozeßrechts, mit welcher sie sich zu beschäftigen hatten, belehren wollten. Die Rechtsübung ist vielgestaltig, ein Proteus — practica est multiplex — das Leben führt dem Richter und Sachwalter oft Complicationen vor, von denen die Doctrin aprioristisch keine Ahnung hat, welchen sie darum keine Rechnung tragen kann. Hier macht sich eine Wechselwirkung erkennbar. Die Praxis hat in der Theorie eine Erkenntnißquelle aufzusuchen, und die Letztere hat zu empfangen und das Empfangene zu bilden.

Ich habe mich bemüht, die Literatur sorgfältig zu beachten, und glaube Zustimmung zu finden, wenn ich, so weit diese den Dienst leistet, der Rechtsübung eines höchsten Tribunals die übereinstimmende oder abweichende Praxis anderer oberster Gerichtshöfe zur Seite stelle.

I. Product ist nicht verbunden, vor Gericht zu erscheinen, um den Zeugen zur Recognition vorgestellt zu werden.

Durch Oberberufung erwuchs an das höchste Gericht die Frage: ob Product zum Zwecke des Beweises durch Zeugen, daß er der sei, welcher eine bestimmte Schuldurkunde ausgestellt habe, verbunden sei, sich denselben bei Gericht vorzustellen? Das Tri-

2) Almendingen: Metaphysik des Civilprozesses, 1808, Vorbericht, S. 2.

bunal verneinte, in Uebereinstimmung mit den vorderen Gerichten, die Frage: Niemand sei ohne bestimmte vertragsmäßige Verpflichtung zur Vornahme einer positiven Handlung zum Besten eines Andern verbunden, und dieser Grundsatz herrsche auch im Gebiete des Prozeßrechts. Namentlich sei eine Partei zum Erscheinen bei Gericht nur dann verbunden, wenn ihr eine Handlung obliege, welche die Stellvertretung ausschließe, oder die besondere Art des Verfahrens es erheische. Auch sei die Partei nicht zu einem Handeln verbunden, das zu ihrem Nachtheile dem Gegner die Beweisführung erleichtere. Hiervon ausgegangen, sei in dem vorliegenden Fall Product nicht verbunden, sich zum Zweck der Recognition vor Gericht zu stellen. Dem Princip nach stehe das darauf gerichtete Verlangen gleich dem Ansinnen, daß Jemand zum Zweck der Vornahme einer Schriftvergleichung vor Gericht etwas niederschreibe, weil es an einer Urkunde zur Schriftvergleichung mangele, ein Ansinnen, das unstatthaft sei. Die dieß nachzeigende Erörterung Mittermaiers im dritten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, S. 168: Kann derjenige, welcher den Beweis der Aechtheit einer Urkunde durch Schriftvergleichung führen darf, von dem Gegner fordern, bei Gericht einen ihm zu dictirenden Aufsatz niederzuschreiben? sei von Schweitkart in seinem dagegen gerichteten Beitrag zum vierten Band derselben Zeitschrift S. 331 rc. nicht widerlegt worden[3]). Könnte man aber auch einer analogen Anwendung der Grundsätze über Urkundenedition Raum geben, so komme in Betracht, daß in dem vorliegenden Fall Product Beklagter sei, also an sich zum positiven Handeln durch Edition nicht verbunden sei[4]).

Erkenntniß des O.-A.-G's. vom 4. Juli 1851 in Sachen der Wittwe des Geh. Sekretär Schönemark in Berlin, Klägerin und Producentin, gegen den Goldarbeiter Engel in Darmstadt, Beklagten und Producten, Darlehn betreffend.

Entgegengesetzt die Praxis des Oberappellationsgerichts für das Herzogthum Nassau, nach dem Zeugnisse von:

3) Vergl. nach Rechtslexikon, Bd. 11. s. v. Urkunden, S. 713, 714.
4) Der vorliegende Entw. der Civilprozeßordn. berührt die Frage nicht.

Von der Nahmer: Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Oberappellationsgerichts in Wiesbaden. Band 1. 1824. S. 237. ꝛc.

Es entschied die Frage: „Kann die Beklagtin genöthigt werden, sich den Zeugen in Person zur Recognition vorzustellen?" im Jahr 1823 bejahend, jedoch auf Grundlage eines Paragraphen der Partikularprozeßordnung v. J. 1822. Nach diesem §. 41 habe der Richter bei einem Zeugenverhör alles das ex officio zu veranstalten, was zur näheren Aufklärung der Zeugenaussagen erforderlich sei; die Aufgabe bestehe darin, die Identität der Person zu constatiren, während es nicht von der Willkühr der Parteien abhängen könne, ob sie einem solchen Zeugenverhör, wobei ihre persönliche Gegenwart durchaus nothwendig sei, beiwohnen wolle; das Verfahren gehe damit in kein inquisitorisches über, da es keine Confrontation, nur das Erscheinen zum Zweck der Recognition bezwecke, wozu Jeder ebenso gut, wie zur Ablegung eines Zeugnisses angehalten werden könne.

Diese Praxis wurde von dem im Jahr 1849 erschienenen Entwurf einer Prozeßordnung für das Herzogthum Nassau nicht adoptirt.

II. Gerichtsstand für die Nachklage.

Schon das römische Recht, insbesondere die Nov. 96. cap. 2. verleiht dem Beklagten das Recht, ja erklärt ihn gleichsam für verpflichtet, die Ansprüche, welche er gegen den wider ihn aufgetretenen Kläger geltend machen will, vor demselben Richter zu verfolgen. Es verordnet zwar, daß er dieß beim Beginn des Rechtsstreites thun solle. Diese Vorschrift hat jedoch durch das kanonische Recht — Cap. 3 in VIto de rescr. (1. 3) — die Modifikation erlitten, daß es dem Beklagten gestattet ist, während der Dauer des Rechtsstreites seine Gegenansprüche bei demselben Gericht geltend zu machen. Diese Bestimmung hat keine reichsgesetzliche Abänderung erfahren. Die Reichsgesetzgebung gestattet ebenfalls die Gegenklage. Sie bestimmt zwar als Termin zur Erhebung derselben den Zeitpunkt vor der Streitbefestigung oder den ersten und zweiten Gerichtstag hernach, jedoch nur für den Fall, wenn die Gegenklage die Wirkung gleichzeitiger Ver-

handlung mit der Vorklage und in denselben Acten haben soll, nicht aber auch für den Fall, wenn sie später im Gange des Rechtsstreites eingebracht wird, ein Fall, für welchen vorgeschrieben ist, daß das Verfahren ein getrenntes sei, mithin über die Gegenklage in besonderen Acten unabhängig von dem über die Vorklage anhängigen Rechtsstreite verhandelt werden solle.

K.-G. Ordn. von 1555. III. 30. J. R. A. S. 46.

Hieraus ergibt sich, daß für die Gegenklage ein specieller Gerichtsstand, der der Reconvention bei demselben Gericht, gegeben ist, bei welchem der, welcher sich zur Verfolgung seiner Ansprüche wider seinen Gegner berechtigt glaubt, von diesem wieder belangt werden kann, daß die Ausübung dieses Rechts durch keine andere Voraussetzungen bedingt erscheint, als die, welche aus der Natur dieser Verhältnisse fließen, die, daß der Gegenstand der Widerklage überhaupt nicht der Gerichtsbarkeit des mit der Vorklage befaßten Gerichts entzogen, und ferner der Rechtsstreit über Letztere noch nicht erloschen sei, und daß zwar allerdings ein Unterschied zwischen einer Gegenklage, welche mit der Erklärung verbunden wird — Widerklage im eigentlichen Sinn — und einer solchen, welche erst während des Rechtsstreites erhoben wird, — uneigentliche Widerklage, Nachklage — besteht, jedoch nur darin, daß im ersteren Fall die Wirkung gleichzeitigen Verfahrens sich äußert, während sie im letzteren Fall nicht erscheint, separirt verhandelt wird. Daß insbesondere die Gegenklage mit der Vorklage connex sein müsse und die Statthaftigkeit der Ersteren dadurch bedingt sei, daß sie keiner anderen Gattung von Klagen, als die Vorklage, angehöre, ist nicht gesetzlich vorgeschrieben. Auch ergibt sich die Nothwendigkeit eines solchen Verbandes nicht aus der Natur der Sache. Das Gleiche gilt von dem Satze, daß in dem Rechtsstreite über die Vorklage die Erhebung einer Gegenklage unter dem Verlangen einer Sicherheitsleistung wegen derselben vorbehalten worden sein müsse, um mit ihr hiernächst hervortreten zu können, wobei denn bezüglich des vorliegenden Falls namentlich noch in Betracht kommt, daß ein solcher Vorbehalt, ein solches Verlangen nur in Beziehung auf die Erhaltung und Sicherung des Rechts, nach Erledigung des Rechtsstreits über die Vorklage eine Nachklage zu erheben, nöthig erscheint, von einer solchen aber hier keine Rede ist, da unbestritten

die Gegenklage eingebracht wurde, während der durch die Vorklage bewirkte Rechtsstreit noch nicht erloschen war. Auch daraus läßt sich kein begründeter Zweifel gegen die Statthaftigkeit des Gerichtsstandes der Widerklage ableiten, daß die Reconvention erhoben wurde, nachdem bereits in jenem Rechtsstreit mehrfache Erkenntnisse, sowohl in erster, als zweiter Instanz, erlassen worden waren, ebenfalls aus dem bereits hervorgehobenen Grunde, weil das Recht des Beklagten, seine Gegenansprüche bei dem Gericht der Vorklage geltend zu machen, sobald dafür nicht die Wirkungen des simultanen Prozesses angesprochen werden, so lange dauert, als nicht die Vorklage erledigt ist, wofür sich auch die Rechtslehrer, wenigstens indirect, ausgesprochen haben. — Danz: Grundsätze des gem. Prozesses. S. 469. Reinhard: Ordentl. Prozesse. I. S. 29. Bayer: Vorträge über den gem. ordentl. Prozeß. S. 268.[5]) Gensler: Commentar über Martins Lehrbuch des ordentl. Proz. S. 238. Gönner: Handbuch des Prozesses. I. Abhandl. 25, §. 9. Archiv f. die civil. Praxis XII. Abhandlung 5[6]).

Aus diesen in der Conclusionsnote niedergelegten Gründen, und mit Rücksicht auf die bisherige Praxis des Tribunals, namentlich in so fern, als die cautio pro reconventione für den Zweck, um den Gerichtsstand des sonst incompetenten Gerichts für eine nach Beendigung des Prozesses über die Vorklage zu erhebende Nachklage zu sichern, verlangt wird, änderte es die unterrichterliche Sentenz dahin ab, daß die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede des incompetenten Gerichtsstandes als nicht begründet zu verwerfen sei.

Erk. des O.-A.-G. vom 27. August 1845 in Sachen des Syndicus der frommen Stiftungen, Klägers, gegen die Kinder und Erben des preußischen Majors von Harthausen-Dedinghausen zu Georgenhausen, Beklagte, wegen Herausgabe des Kirchenguts zu

---

5) Achte Auflage (1856). S. 213, 638. Vergl. noch Sartorius: Die Lehre von der Widerklage. Erl. 1838, S. 403, 404. Schmid: Handbuch des Civilprozesses, Bd. 1. S. 115, 116.

6) Auch die Praxis der hessischen Gerichte hatte dieses Gepräge: Malcomesius: Observ. practicae fori hassiaci, 1667, p. 46, 47 — „usque ad conclusionem in causa proponi potest.“ —

Georgenhausen. — Sammlung interessanter Beschlüsse und Entscheidungen des Großh. Hofgerichts der Provinz Starkenburg, Nr. 159, wo sich unter Bezugnahme auf dieses Erkenntniß, eingetragen findet: „Nach der Rechtssprechung des obersten Gerichts ist das Gericht, bei welchem die Vorklage verhandelt worden, auch für die s. g. Nachklage, sobald der Gegenstand derselben nicht überhaupt der Gerichtsbarkeit jenes Gerichts entzogen ist, zuständig, selbst wenn der beklagte und nachklagende Theil eine Sicherstellung in dieser Beziehung (cautio pro reconventione) nicht verlangt hat, sobald nur die Nachklage vor gänzlicher Beendigung des Rechtsstreits, den die Vorklage veranlaßte, erhoben wird, und ohne daß es hierbei darauf ankommt, ob die Vorklage für die Nachklage präjudiciell, ist oder überhaupt beide Klagen connex sind und demselben genus actionum angehören, oder nicht.

Die gleiche Praxis herrscht bei dem andern hessischen obersten Gericht, dem zu Cassel nach dem Zeugnisse im ersten Band des Seuffert'schen Archivs der Entscheidungen Bd. 1. Nr. 110: Zur Lehre von der Nachklage. Wagner: Grundzüge der Gerichts=Verfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen. 3. Ausg. 1843. S. 211. Gleiches gilt von der Praxis in dem gleichfalls benachbarten Frankfurt. Bender: Lehrb. des Civilprozesses der freien Stadt Frankfurt; 1837. S. 404.

III. Analoge Anwendung des Grundsatzes, daß dem schuldlos verlornen Beweismittel ein anderes substituirt werden kann, auf den Fall, daß das vorhandene Beweismittel nicht benutzt werden kann.

Da der in Darmstadt wohnende Beklagte in Abrede stellte, daß er (während seines Aufenthalts in Berlin) die gegen ihn eingeklagte Darlehnssumme schuldig geworden und die angebliche Schuldurkunde ausgestellt habe, so benannte die zum Armenrecht zugelassene Klägerin zum Zweck des Beweises, daß der Beklagte dieselbe Person sei, welche die Schuldurkunde ausgestellt habe, zwei zu Berlin wohnende Zeugen mit der Bitte, diese nach Darmstadt kommen zu lassen, damit sie vernommen und zugleich in den Stand gesetzt würden, über die Identität des ihnen vorzustellenden

Beklagten mit dem Aussteller jener Schuldurkunde zu deponiren. Da dieses Gesuch wegen der bedeutenden Kosten, welche der Staatskasse dadurch verursacht worden wären, keinen Eingang fand, so stellte die Klägerin vor, es müsse ihr gestattet sein, die Identität auf anderm Wege herzustellen. Die Zeugen in Berlin sollten aus ihrer Erinnerung die Persönlichkeit des Beklagten schildern, damit die zwei Zeugen in Darmstadt, welche sie hiermit benenne, und die denselben kennten, zu Depositionen in den Stand gesetzt würden, wodurch die Identität illustrirt werde. Erforderlichen Falls Bitte um Restitution gegen den Ablauf der Beweisfrist zum Zweck der Benennung dieser letzteren Zeugen wegen Mangels aller Verschuldung.

Der Beklagte entgegnete: die Beweisfrist sei verflossen; auch sei das Restitutionsgesuch nicht begründet. Der Anwalt der Klägerin habe gemeint, daß sein Antrag auf Recognition des Beklagten durch die Berliner Zeugen genehmigt werde, und habe sich so in einem Rechtsirrthum befunden, gegen welchen keine Restitution ertheilt werde. Klägerin replicirte dahin, daß sie und ihr Anwalt nicht habe wissen können, daß ihr Antrag wegen eines äußeren Umstandes, darum, weil dessen Genehmigung mit bedeutenden Kosten verbunden sei, verworfen würde.

Da das Gericht zweiter Instanz reformirend dem Restitutionsgesuch Raum gab, so nahm Beklagter dagegen die Oberberufung zur Hand, die verworfen wurde: Da dann, wenn einem Producenten ein zeitig benanntes Beweismittel ohne sein Verschulden verloren gehe, Doctrin und Praxis demselben gestatte, andere Beweismittel zu substituiren, und zwar so, daß es einer Restitution nicht bedürfe [7], so finde dieser Grundsatz hier eine analoge Anwendung [8].

Erk. vom 16. Juni 1854 in der Rechtssache Nr. I.

---

7) Gönner: Handb. des Prozesses, Bd. 2, XXXIX. §. 6, 7. Spangenberg in diesem Archive Bd. VII. S. 219 ꝛc. Jordan in seinem Artikel: „Beweis" im zweiten Band des Rechtslexicons, S. 153. Schmid: Handb. d. Prozesses. Bd. 2. S. 195. Anderer Meinung ist Bayer a. a. O. S. 929 der neusten Auflage.

8) Jordan drückt sich a. a. O. ganz allgemein aus, indem er von ohne Verschulden „aus was immer für einen Grund nicht benützten" Beweismitteln redet. Ebenso drückt sich der Art. 423 des Entwurfs der bürgerlichen Pro-

IV. Der Kostenpunkt, wenn der Rechtsstreit nicht zu Ende geführt wird, weil die Gesetzgebung demselben das Object entzog.[9])

Im Jahr 1836 erhob die Stadt Umstadt gegen einen Bewohner derselben, H. Klotz, Klage, darauf gerichtet, zu erkennen, daß ihm das von ihm angesprochene Recht der Wasenmeisterei daselbst nicht zustehe. Der durch die Bestreitung dieser Klage veranlaßte Rechtsstreit bewegte sich noch in den Schranken des Beweisverfahrens, als das Gesetz vom 30. Juli 1848 wegen Aufhebung der ausschließlichen Handels- und Gewerbsprivilegien gegen Entschädigung aus der Staatskasse den Rechtsstreit erlöschen ließ. Nun erklärte die Klägerin: der Rechtsstreit habe sein Object verloren, und da ein bloses Rechten wegen des Kostenpunktes unstatthaft sei, so lege sie Verwahrung gegen alles weitere Verfahren ein. Der Beklagte entgegnete: Nur dann, wenn die Klägerin die Tragung aller Kosten übernehme, könne der Rechtsstreit auf sich beruhen bleiben. Sonst müsse er, wie jeder Prozeß, durch Urtheil zum Abschlusse kommen, auch dann, wenn es sich nur noch von den Kosten handle.

Das Gericht erkannte, davon ausgehend, daß, wenn auch der Zweck der Klage in Gemäßheit des Gesetzes erreicht sei, daraus nicht folge, daß der Beklagte Kosten zu tragen habe, vielmehr hierüber zu entscheiden sei und diese Entscheidung nur von der Frage abhänge, ob der Beweis erbracht werde, dahin, daß die Verwahrung der Klägerin gegen die Fortführung des Rechtsstreits zu verwerfen sei. Die Berufung der Klägerin wurde am Mittelgericht verworfen, und dieses Erkenntniß wurde auf Oberberufung derselben vom obersten Gericht bestätigt: Der unterliegende Theil müsse dem Gegner die Kosten des Verfahrens ersetzen. Stehe hiernach dem Beklagten ein Recht auf diese Erstattung zu, wenn

---

zeßordnung dahin aus, nach Ablauf der Beweisfrist sei ein weiteres Beweismittel zulässig; wenn „die Benutzung der rechtzeitig vorgeschlagenen Beweismittel ohne Verschulden des Beweisführers unthunlich wird."

9) Die Monographien über die Prozeßkosten von Emmerich, Weber u. s. w. berühren die Frage nicht.

er den ihm nachgelassenen Beweis erbringe, so dürfe er auch dieses Recht verfolgen, was er dadurch thue, daß er verlange, der Rechtsstreit werde ausgetragen. Dieses Verlangen stelle sich aber auch auf Grund folgender Betrachtung als gerechtfertigt dar. Der Beklagte brauche sich, wenn die Einlassung erfolgt ist, nicht gefallen zu lassen, daß der Rechtsstreit auf sich beruhe, sondern sei befugt, zu verlangen, daß er zu Ende geführt werde.[10]) Nun bildeten aber die bereits erwachsenen Kosten mit einen Gegenstand des Streits und der Entscheidung, so daß sich jene Befugniß auf die Kosten erstrecke. So beruhe das Verlangen des Beklagten auf einem rechtlichen Interesse. Für ihn sei die Nebensache an die Stelle der Hauptsache getreten. Sonach stimmten die Erkenntnisse der vorderen Gerichte mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen überein, während es an einem Gesetze fehle, welches ausspreche, daß ein Rechtsstreit, dessen Gegenstand durch einen Act der Gesetzgebung oder aus einem sonstigen Grund in Wegfall gerathe, der Kosten wegen nicht fortzuführen sei. Zwar habe sich die Klägerin auf Gesetzesstellen bezogen, welche Martin: Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Prozesses, im §. 320 lehrend:

> „Auf ungewöhnliche Art endigt sich auch in einigen Fällen der Rechtsstreit, wenn der Gegenstand desselben dem Beklagten durch Zufall abhanden kommt, zu Grunde geht, oder von einem Dritten schneller erstritten wird. Dieses ist dann dem Gericht anzuzeigen."

allegirt habe; allein diese Gesetzesstellen handelten von ganz anderen Rechtsverhältnissen, sprächen im Ganzen nur aus, daß durch den Untergang des Streitobjects der Rechtsstreit unter Umständen sein Ziel erreichen könne, keineswegs aber, daß dies der allgemeine Erfolg sei, und wenn die Hauptsache in Wegfall komme, der Nebensache wegen keine Entscheidung verlangt werden könne. Vielmehr deuteten einzelne Gesetze auf das Gegentheil hin.

---

10) Archiv für praktische Rechtswissenschaft, Bd. 6. S. 153—155. Erk. des Tribunals vom 26. März 1852, dahin gehend. Dieß war schon Praxis der hessischen Gerichte im 17. Jahrhundert. Malcomesius: Observ. practicae fori hussiaci, Francof. 1767, Obs. XXIV. classis primae. Vergl. Gensler: Handbuch zu Martins Lehrbuch I. S. 304. Rechtslexicon, Bd. 6. s. v. Litisrenunciation, S. 754 ꝛc.

Erk. vom 18. Aug. 1853 in Sachen der Stadt Umstadt, Klägerin, gegen H. Klotz daselbst, Beklagten, wegen Wasenmeisterei-Gerechtigkeit.

Vergl. ein Urtheil des O.-A. G. in Lübeck vom Jahr 1847 (Seufferts Archiv der Entscheidungen. Bd. 2, Nr. 101). Zuweilen werde ein Rechtsstreit durch einen Vorgang abgeschnitten, aus dem sich ein Grund zur Verurtheilung des einen oder anderen Theils zum Ersatz der dem Gegner erwachsenen Kosten nicht hernehmen lasse. Wenn nun auch der Inhalt der Verhandlungen dafür keinen Anhalt gewähre, indem etwa der Sieg von einem zu führenden oder noch zuzuerkennenden Beweise abgehangen hätte, so könne doch nicht die Fortführung des Rechtsstreits blos zu dem Zwecke verlangt werden, um zu ermitteln, welcher Theil die erwachsenen Kosten zu tragen, resp. zu erstatten habe, indem dann deren Compensation eintrete.

V. Befreiung des Ausländers von der Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten im Fall eines Concurses.

Ein Ausländer nahm als Vindicant den wesentlichen Bestandtheil der Concursmasse in Anspruch, weil er dessen Eigenthümer sei.[11]) Die Gläubiger bestritten diesen Anspruch und trugen darauf an, daß derselbe Caution wegen der Prozeßkosten leiste. Das Gericht verwarf diesen Antrag, dem das Gericht zweiter Instanz Folge gab. Das oberste Gericht stellte den Bescheid des Richters erster Instanz her. Der Praxis des Tribunals zu Folge habe im Fall eines Concurses der activ auftretende Ausländer diese Caution nicht zu leisten.[12]). Das Gericht voriger

11) Archiv für die praktische Rechtswissenschaft. Bd. 6. S. 494—499, wo dieses Rechtsfalls in einer andern Beziehung (Beruf des Concursrichters zur Ergreifung von verwaltenden Maßregeln) gedacht ist.

12) Ein früheres Erkenntniß des Tribunals vom 13. Jan. 1854, dahin gehend, im 8. Band des Seuffert'schen Archivs, Nr. 307. s. noch Rechtslexicon, Bd. 2. s. v. Caution, S. 617.

Ein noch früheres Erkenntniß desselben v. J. 1828 dahin gehend, daß die Caution durch Hinterlegung von inländischen Staatsschuldscheinen von

Instanz habe darum einer Ausnahme von dieser Regel Raum gegeben, weil Kläger nicht zur Verfolgung seines Rechts aufgefordert und ihm kein Rechtsnachtheil angedroht gewesen sei. Indessen habe dieser mit Recht darauf Gewicht gelegt, daß die Eröffnung eines Concurses von selbst einen Zwang zur Rechtsverfolgung enthalte, (Glück: Erläuterung der Pandekten, Th. 3, §. 245. Schweppe: System des Concurses der Gläubiger. 3. Ausg. 1829, §. 134 S. 249. Bayer: Theorie des Concurspr., S. 59, jedoch verglichen mit dessen Vorträgen über den ordentlichen Prozeß. 8. Aufl. S. 99, 100) und es keinen Unterschied mache, ob der Zwang ein directer formell ausgesprochener oder ein solcher sei, der sich aus der Natur der Verhältnisse ergebe.

Erk. vom 27. Aug. 1858 in Sachen des Charles Rachaz in Paris, Klägers, gegen die Concursmasse des H. Simpson in Reichenbach (im Odenwald) insbesondere die in den Acten benannten Gläubiger, Beklagte, Eigenthum und Absonderung betreffend, wodurch zugleich ausgesprochen wurde, daß nicht dem Ausländer nachgewiesen werden müsse, er besitze keine Immobilien im Inlande, sondern daß er, um von der Sicherheitsleistung befreit zu sein, das Gegentheil beweisen müsse, weil gegen ihn, dem Inländer gegenüber, die Vermuthung streite, daß er keine parate Executionsmittel besitze.

VI. Die Locirung und der Ersatz der dem Gantgläubiger zum Zweck der Richtigstellung seiner Forderung erwachsenen Kosten.

In Sachen der beiden gräflichen Häuser Erbach=Fürstenau und Erbach=Schönberg, Liquidanten und Revisen, gegen die Debitmasse des Grafen Carl von Erbach=Wartenberg=Roth, Liquidatin und Revidentin, Parification wegen zu viel bezogener Revenuen betreffend, verurtheilte das oberste Gericht in der Revisionsinstanz die Liquidatin in die Kosten dieser Instanz und verfügte auch auf Anregung der Liquidanten dahin, daß denselben

---

wechselndem Curse geleistet werden könne, im 9. Band desselben Archivs, Nr. 87.

diese Kosten aus der liquidatischen Concursmasse ersetzt würden.[13]) Das Gesuch des Contradictors um Remedur veranlaßte einen Erlaß an den Commissär derselben vom 31. März 1840, des Inhalts: Wir setzen Sie davon in Kenntniß, daß wir — in Erwägung, daß die von einem Concursgläubiger zur Liquidirung seiner Forderung, gleichviel, ob in erster oder höherer Instanz aufgewendeten Kosten, in welche die Masse verurtheilt worden ist, nach der durch den inzwischen ausgemittelten Gerichtsgebrauch als richtig anerkannten Theorie nicht zu den eigentlichen Concurskosten [14]) gerechnet, oder als Masseschuld betrachtet werden können, vielmehr dem Gläubiger auf den Ersatz solcher Kosten kein vorzüglicheres Recht zusteht, als auf die Befriedigung hinsichtlich der Forderung selbst [15]), — uns bewogen gefunden haben, jene Verfügung, in so weit Ihnen aufgetragen wurde, die Debitmasse zur sofortigen Erstattung der gedachten Kosten anzuhalten, wieder einziehen und verordnen, daß der revisische Theil erst dann ein Recht auf den Ersatz habe, wenn nach Maßgabe der Location seine Forderung an die Reihe gekommen sein wird.

VII. Aufrechthaltung der Klage, welche von alternativen Verbindlichkeiten nur die eine Verbindlichkeit verfolgt.

Ein Buchhändler schloß mit einem Buchdrucker einen Vertrag dahin ab, daß Letzterer ein Verlagswerk des Ersteren drucke

---

13) Der Art. 953 des Entwurfs der Civilprozeßordnung schlägt vor: „Das Ganturtheil erkennt — zugleich über die Pflicht zur Erstattung der Prozeßkosten und zwar sowohl zwischen der Gantmasse und jedem Gläubiger, als zwischen einzelnen Gläubigern unter sich — in beiden Beziehungen lediglich nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Pflicht zur Kostenerstattung."

14) Schweppe a. a. O. S. 91. Bayer a. a. O. S. 68. Note 3. Rechtslexicon, Bd. 2. s. v. Concurs S. 857.

15) Die Doctrin geht dahin, daß diese Kosten nie erstattet werden. Schweppe a. a. O. S. 130. Bayer a. a. O. Rechtslexicon a. a. O. Dieser Doctrin folgt auch die Rechtsübung in Kurhessen. Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen. 3. Ausg. 1843. S. 521.

und die Zahlung dafür baar oder in Lettern erhalten solle. Als Letzterer bei dem hessischen Gericht, als Gerichtsstand des Vertrags, gegen Ersteren auf Leistung der baaren Zahlung Klage erhob, trug dieser darauf an, die Klage wie angebracht zu verwerfen, weil sie nicht alternativ auf Befriedigung durch baare Zahlung oder Lieferung von Lettern gerichtet sei. Das oberste Gericht erkannte dahin, daß das Erkenntniß zweiter Instanz „in so weit es die auf Zahlung des Miethpreises für den Druck gerichtete Klage wie angebracht abweist," aufzuheben sei. Zur Motivirung dieser Reformation Bezugnahme auf Puchta's Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 2. S. 199:

> „Immer ist es als Kauf anzusehen, wenn der ganze Preis in Geld verabredet worden ist, und nur Sachen statt des Geldes nach einem Anschlage angenommen werden sollen. Es ist eine freiwillige datio in solutum; daß sie gleich von vorn herein verabredet worden, macht nichts aus."

und Hindeutung darauf, daß Rechtslehrer alternative Bitten sogar für fehlerhaft erachten.

> Glück: Erläuter. der Pandekt. Th. 3. S. 569. Linde: Lehrbuch des Civilprozesses S. 196 a. E.[16]).

(Beide Autoren gäben zu, daß die Praxis eine alternative Klagbitte gestatte). Sollte aber auch in dem vorliegenden Rechtsfall davon ausgegangenen werden können, daß das Ansprechen einer alternativen Bitte geboten gewesen wäre, so habe nach herrschendem Gerichtsgebrauche der gegen dieses Gebot anstoßende Fehler doch nicht zur Folge, daß die Klage wie angebracht zu verwerfen sei[17]).

> Seufferts Archiv der Entscheidungen. Bd. 1. Nr. 124[18]).
> Puchta: Dienst der deutschen Justizämter, §. 134 a. E. S. 110.

Hierzu komme noch, daß Kläger sich eventuell zur Annahme der

---

16) Auch Brackenhöft: Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theils dieses Lehrbuchs, 1842. S. 415, 416.

17) Bayer: Verträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. 8. Aufl. S. 539, 541.

18) Erk. des O.-A.-G. in Jena.

Lettern (nach einem Anschlage) statt Baarbezahlung am Schlusse der Klagschrift erboten habe.

Erk. v. 3. Nov. 1853 in Sachen des Inhabers der Wittich-schen Hofbuchdruckerei in Darmstadt, Klägerin, gegen die Vieweg'sche Buchhandlung in Braunschweig, Beklagte, Ford. betreff.

Wie es scheint, so steht auf der anderen Seite die Praxis des O.-A.-G. in Lübeck (Erk. v. J. 1846) nach der Mittheilung im 2. Bd. des Seuffert'schen Archivs, Nr. 328.

VIII. Verwerfung der Einrede in den Schranken der Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hatte, eine zerstörliche Einrede vorschützend, darum gebeten, den Kläger abzuweisen. Das Gericht erkannte, ohne diese Einrede ausdrücklich zu verwerfen, auf Beweis. Da Beklagter darum Berufung an das oberste Gericht ergriff, weil Kläger nicht in Gemäßheit dieser Einrede sofort abgewiesen worden sei, so erhob sich das Bedenken, ob es nicht der Beschwerde am Gegenstande fehle, sie nicht verfrüht sei, weil das Erkenntniß kein endliches und so die darin nicht berührte Einrede nicht als stillschweigend verworfen anzusehen sei? Man considerirte: Zu dem dispositiven Theile eines Erkenntnisses gehöre, wie sich Bayer: Vorträge über den gemeinen Civilprozeß ausdrücke, Alles das, was eine Entscheidung über ein bestrittenes Moment enthalte, wenn es auch in den Motiven [19]) zu suchen sei. Sonach erscheine jener

---

19) Auch in seiner Eigenschaft als Cassationshof hatte sich das oberste Gericht mit der Lehre von den Entscheidungsgründen mehrfach zu beschäftigen. So z. B. Erkenntniß vom 14. Nov. 1853: Das Obergericht (zu Mainz) habe keinen Grund zur Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz gehabt, da nicht wegen etwaiger irriger Motive, sondern nur wegen Unrichtigkeit des Urtheils reformirt werden könne, daher, wenn der Oberrichter andere Gründe auffinde, welche das Erkenntniß rechtfertigten, die Berufung verworfen werden müsse. Erk. vom 5. April 1853: Die Gerichte seien nicht verbunden, jeden von den Parteien geltend gemachten Grund besonders zu würdigen, so daß eine solche Nichtberücksichtigung keine Nichtigkeit in sich schließe; nur ein absoluter Mangel an Motiven habe diese Folge (Erk. v. 17. Juni 1844). Erk. v. 7. Dez. 1852: Wenn das Obergericht einen Appell für unstatthaft erkenne, dabei aber auch einige der Beschwerdepunkte hervorhebe, welche aus diesen oder jenen Rücksichten selbst als unbegründet verworfen werden müßten, so erscheine das Eekenntniß, sobald der Appell nicht für unstatthaft zu erachten

Einwand als verworfen, weil er in dem die Entscheidungsgründe vertretenden Gutachten des Referenten zum Gegenstand der Prüfung gemacht und in Folge derselben für unerheblich erachtet worden wäre, auch in dem Schlußantrage nicht hervorgehoben worden sei, daß das im Erkenntnisse nicht berührte als stillschweigend verworfen anzusehen sei.

Davon ausgehend, ging das Tribunal in das Materielle der Beschwerde ein.

Erk. vom 21. Januar 1852 in Sachen der Domkirche in Köln, Klägerin, gegen den Centralfiscus, Beklagten, wegen Herausgabe von Manuscripten rc.

Vergl. Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Bd. 6, S. 357. Seufferts Archiv, Bd. 1, Nr. 367. (Erk. des O.-A.-G. in München) Bd. 2, Nr. 250 (Erk. des O.-A.-G. in Dresden) Bd. 5, Nr. 236. (Erk. des Obertribunals in Stuttgardt) Bd. 8, Nr. 99. (Erk. des O.-A.-G. in Lübeck) Bd. 10, Nr. 295. (Erk. des O.-A.-G. in Celle) Rechtslexicon, Bd. 11. s. v. Urtheil, S. 808 rc.

IX. Sachlegitimation[20]).

1) Passivlegitimation des Beklagten, welcher das ihm bestrittene Recht von einem Dritten ableitet.

---

sei, in so weit es denselben im Ganzen verworfen habe, in Beziehung auf die übergegangenen weiteren Beschwerdepunkte als der Motive ermangelnd; diese fehlenden Motive könnten auch nicht erst vom Cassationshofe substituirt werden, da eine solche formelle Nichtigkeit nicht in solcher Weise zu saniren sei. Erk. vom 17. August 1857: Motive dienten zur Erläuterung und Interpretation des Urtheils, nicht aber zu dessen Ergänzung. (Der Cassationskläger hatte behauptet: Die Motive, auf welche sich eine Verfügung im dispositiven Theile des Urtheils gründe, bildeten mit derselben ein Ganzes, und letztere könne nur im Zusammenhange mit ihnen in Betracht kommen). Erk. vom 1. März 1858: Motive könnten zwar nicht zur Ergänzung des verfügenden Theils eines Eekenntnisses wohl aber zu dessen Erläuterung dienen, und ein Erkenntniß könne nicht in einem andern Sinne aufgefaßt werden, als in dem, welchen es nach seinen Motiven habe. Erk. vom 19. März 1855: Ein Urtheil unterliege der Cassation, wenn es mit seinen Motiven unvereinbar sei.

20) Rechtslex. Bd. 6. s. v. Legitimation. Schmid: Handb. des Proz. I. §. 68.

Der Beklagte hatte der actio negatoria utilis die Einrede entgegengesetzt, daß er die ihm bestrittene Gerechtsame (Wasenmeisterei) Namens des Fiscus, der ihn damit beliehen habe, ausübe, und daraus abgeleitet, daß die Klage nicht gegen ihn, sondern gegen den Fiscus, den Berechtigten, gerichtet werden müsse; indessen wurde er damit auch bei dem obersten Gerichte nicht gehört: Der, dessen natürliche Freiheit durch einen Andern beschränkt werde, sei befugt, zunächst den Störenden selbst zu belangen, wenn dieser, wie hier, zwar seine Befugniß aus dem Rechte eines Dritten ableite, aber, obgleich dieser ihn nicht vertreten will, diese Befugniß ferner in Anspruch nehme. Kläger sei vielmehr befugt, gegen ihn aufzutreten und zu verlangen, daß er sein Recht auf Beschränkung der natürlichen Freiheit darthue.

Erk. vom 9. Januar 1840 in der oben unter Nr. IV. gedachten Rechtssache.

2) Klage des Mandans (resp. dominus negot.) aus dem von seinem Mandatar (resp. negot. gestor) abgeschlossenen Vertrage.

Allerdings hat der klagende Theil, wenn er aus einem zwischen andern Personen abgeschlossenen Rechtsgeschäft einen Anspruch verfolgt, seine Berechtigung durch Herstellung der Sachlegitimation nachzuzeigen, also auch in dem vorliegenden Fall. Hier haben die Klägerinnen in der Klaglibell behauptet, daß Kreisrath P. in ihrem Auftrage und für sie, wenigstens als negotiorum gestor, mit dem Beklagten den Vertrag abgeschlossen habe, daß ferner P. während der Unterhandlungen dem Beklagten gegenüber deutlich genug hervorgehoben habe, daß er nur für sie handle [21]). Diese Behauptung genügt zur Begründung der Sachlegitimation, weil heutigen Tags die mandans, wie der dominus

21) Als später dieselbe Rechtssache wiederholt an den obersten Gerichtshof erwuchs, sprach sich derselbe auch dahin aus, daß der von den Klägerinnen angetretene Urkundenbeweis: daß P. den Vertrag für sie mit dem Beklagten abgeschlossen habe, darum als verfehlt anzusehen sei, weil nicht auch dargethan worden sei, daß er seine Eigenschaft als Mandatar vor oder bei Abschluß des Vertrags dem Beklagten zu erkennen gegeben habe, daß also der Vertrag in der beiderseitig kundgegebenen Absicht, hierdurch ein obligatorisches Verhältniß zwischen beiden Theilen zu schaffen, abgeschlossen worden wäre. Erk. vom 5. Sept. 1849.

negotii, aus dem in seinem Auftrage, resp. für ihn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte befugt ist, gegen den Dritten zu klagen; einer Abtretung der Klage bedarf es nicht. Nur ist im Fall der Abläugnung Beweis erforderlich.

Hiervon ging aus das

Erk. vom 9. Septemb. 1845 in Sachen der Gemeinden des Kreises Gießen, Klägerinnen, gegen Kaufmann Seipp in Gießen, Beklagten, wegen Schadensersatzes.

3) Passivlegitimation des Vorstehers eines Vereins lediglich wegen dieser Eigenschaft.

In einem Städtchen hatte sich unter den Israeliten ein Verein für die Haltung eines Frauenbades gebildet. Wegen Verweigerung der Theilnahme daran, erhob ein Israelit Klage, und zwar gegen den Vorsteher des Vereins. Dieser setzte die Einrede des Mangels der Passivlegitimation entgegen, da er nicht der rechte Beklagte sei. In dritter Instanz wurde diese Einrede für begründet erkannt: Die Eigenschaft des Beklagten als Vorsteher lasse an sich den Umfang seines Rechtskreises nicht erkennen, lasse namentlich den Zweifel übrig, ob er ohne Weiteres zur Führung der Rechtsstreite des Vereins ermächtigt sei. Nur dieser sei der rechte Beklagte, da er sich durch das Organ seines Vorstehers weigere, das angesprochene Recht einzuräumen.

Erk. vom 10. Januar 1852 in Sachen des Joseph Frank Namens seiner Ehefrau zu Seligenstadt, Klägers, gegen den Vorsteher des Vereins für das israelitische Frauenbad daselbst, J. Bacharach daselbst, Beklagten, wegen Antheils.

X. Normirung (Generalisirung) des Beweissatzes, wenn der mit der Negatoria Belangte den Titel bezeichnet, aus dem er das bestrittene Recht als das Recht eines Andern ausüben dürfe.

In der unter Nr. IV und IX 1. gedachten Rechtssache war dem Beklagten der Beweis auferlegt worden, daß dem Fiscus die Wasenmeisterei zustehe und dieser sie ihm in Erbleihe gegeben habe. Das oberste Gericht reformirte in seinem Erkenntnisse vom 9. Jan. 1840 dahin: Der Beklagte habe nur zu beweisen, daß diese Gerechtsame dem Fiscus zustehe und Beklagter sie mit aus-

drücklicher oder stillschweigender Bewilligung desselben ausübe[22]). Die Klage werde durch den Nachweis eines jeden Moments elidirt, welches die Klägerin nöthige, sich die Beschränkung der natürlichen Freiheit durch den Beklagten gefallen zu lassen; dieser brauche daher nicht nachzuzeigen, er sei Erbleihträger des Fiscus; genügend sei der Beweis seiner Behauptung, daß dem Fiscus die Gerechtsame zustehe und er sie mit Genehmigung des Berechtigten ausübe. Die Verhältnisse zwischen dem Fiscus und dem Beklagten seien für die Klägerin res inter alios.

Vergl. Weber: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung. 3. Ausg. von Heffter, 1845. S. 20—22.

XI. Prüfung der Erheblichkeit eines Beweismittels von Amtswegen.

Der Beklagte trat den ihm vorbehaltenen Gegenbeweis durch Benennung von Sachverständigen an. Klägerin wendete gegen diese Beweisantretung nichts ein. Dennoch wurde von dem Gericht (dem obersten Tribunal, bei welchem der Beklagte seinen Gerichtsstand hatte) diese Beweisantretung als unerheblich verworfen: Nach dem Grundsatze, daß dem Richter der Beweis zu liefern sei, erscheine der Richter als unabhängig von dem Vorbringen der streitenden Theile, als berufen, die Erheblichkeit der Beweismittel, somit die Frage, ob durch deren Benutzung ein erhebliches Ergebniß für die Operation der Entscheidung erzielt werden könne, einer Prüfung zu unterwerfen und durch alsbaldiges Verwerfen eines Beweismittels, das er für irrelevant erachte, ein nutzloses Verfahren abzuschneiden.

Erk. v. 1. Juni 1837 in Sachen der Gemeinde Ruppertsburg, Klägerin, gegen den Grafen von Solms-Laubach, Beklagten, wegen Schadensersatzes.

---

22) In der Praxis des Tribunals herrscht der Grundsatz, daß der von der Negatoria Belangte den Beweis des behaupteten besonderen Rechts zu leisten habe, selbst dann, wenn ihm der Besitzstand zur Seite stehe und er darin durch rechtskräftiges Urtheil geschützt worden sei.

Vergl. dieses Archiv, Bd. 40. Nr. II. III. Ueber die Beweislast bei der Negatorienklage. Von Du Roi und Heise.